



有

加入
《联合国打击跨国
组织
犯罪公约》

对我国的
影响

莫洪宪 主编

祝贺马克昌教授执教五十六周年
暨八十华诞系列文丛

总主编

莫洪宪

04



中国人民公安大学出版社

祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛

总主编 莫洪宪



加入《联合国打击跨国有组织 犯罪公约》对我国的影响

主 编 莫洪宪

撰稿人 (按姓氏笔画排列)

皮 勇 苏彩霞 陈晓华 周 娅

赵 军 胡 隽 莫洪宪

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

加入《联合国打击跨国有组织犯罪公约》对我国的影响/莫洪宪主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 3

(祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛)

ISBN 7-81109-020-1

I. 加... II. 莫... III. 跨境犯罪—犯罪集团—国际刑法—影响—刑法—中国—研究 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 014109 号

加入《联合国打击跨国有组织犯罪公约》
对我国的影响

JIARU LIANHEGUO DAJIKUAGUO YOUZUZHIFANZUI
GONGYUE DUIWOGUODE YINGXIANG

莫洪宪 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2005 年 3 月第 1 版

印 次: 2005 年 3 月第 1 次

印 张: 22

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 356 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81109-020-1/D·015

定 价: 43.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

总 序

2005年8月12日,是中国著名法学家、武汉大学法学院首任院长马克昌教授80华诞的喜庆之日。此年,也是马克昌教授从事法学教育和研究56周年。本套系列丛书是专为庆贺马克昌教授的80寿辰暨从事法学教育与研究56周年编辑而成的。

在56年的法学教育和法学研究生涯中,马克昌教授见证并亲身经历了中华人民共和国法治建设55年跌宕起伏的历程。1946年,他从河南省西华县考入著名的国立武汉大学法学院,学习法律并投身革命。1950年,他因品学兼优而毕业留校任教。不久,他即被保荐到中国人民大学研究生班,接受全新的学习和教育,同时,师从前苏联刑法学家贝斯特洛娃教授专攻刑法学。1952年,他完成研究生学业,回到武汉开始登台主讲刑法学。但由于众所周知的原因,在我国民主法治建设遭遇严重打击和挫折时,马克昌教授也未能幸免。1958年,马克昌教授受到不公正待遇被下放到农村劳动。1959年下半年,他虽然被宣布“摘帽”并得以重返武汉大学,但是法律系已被撤销,只得从事伙食科出纳员、图书馆员等工作。“文革”开始后,他又受到错误对待,并再次被下放到农村走“五七道路”,进行所谓的“劳动改造”,直至1972年才又回到武汉大学图书馆,工作到1979年。在此20多年的艰难岁月中,他风华正茂的青春日子和科学研究的黄金时间无声地流逝了。然而,在种种精神和肉体的磨难面前,他始终保持着乐观的精神面对人生,即便在农村、在图书馆,也作出了令人称道的成绩。

1979年,马克昌教授53岁,这一年,他终于迎来了时代和人生的重大转折。他被当时的武汉大学校长刘道玉教授委任为法律系副主任,协助法律系主任韩德培教授一道恢复和发展法律系,迎接新中国法治建设和教育的春天。受命后,马克昌教授怀着对法学事业的热爱和凭着深厚的学术功底,在事业上焕

发出青春的活力，全面展示了法学活动家、教育家和刑法大家的风采和魅力。

作为法学社会活动家，1980年，马克昌教授曾接受中华人民共和国司法部委派，在轰动世界的“林彪、江青反革命集团案”中，担任吴法宪的辩护人，依法工作，获得极大赞誉。他还兼任中国刑法学会名誉会长、最高人民法院特邀咨询员等多种社会职务，为国家的立法和司法改革作出了卓越的贡献。

作为法学教育家，从1983年开始，马克昌教授担任武汉大学法律系主任。1986年，武汉大学法学院成立后，他又出任法学院院长。他以极大的激情和精力，投身于法学院建设，带领全院教师和工作人员团结进取，在教学、科研、人才培养和对外交流等方面取得了令人瞩目的成绩，使武汉大学法学院成为“珞珈山上的王牌军”，成为中国著名的法学院，并一直保持着国内同行的领先地位，在国际上声誉日高。

作为学者，马克昌教授一直活跃在刑法学理论研究的舞台上，笔耕不辍。他参与主编的多部刑法学教材被誉为我国权威的刑法学教科书。由他主编的《犯罪通论》、《刑罚通论》、《中国刑事政策学》、《近代西方刑法学说史略》等著作，受到学界高度评价，成为我国刑法学研究的典籍性文献，是很多高校刑法专业研究生的指定教材。2002年，他出版的专著《比较刑法原理——外国刑法学总论》，以其丰富的内容、详实的文献、严谨的结构和深刻的见解轰动学界，并成为2003年度获国家图书奖的惟一法学类著作。

作为教师，马克昌教授一直活跃在教书育人的岗位上，为本科生、硕士生和博士生授课、讲座。他教学一丝不苟，而且在艰深的理论和现实案例中游刃有余，深入浅出，颇受学生欢迎和喜爱。他不仅引导学生学习专业知识，而且引导他们成为一个有理想、有追求、有责任感、有崇高修养的人。他为中国法治建设和法学教育培养了许多优秀人才，他们有的在最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及各级司法机关和行政部门担任要职，有的已成为教授、博士生导师、学科带头人，活跃在法学教育和研究领域，在各条战线上为中国的法治建设作出自己的贡献。

马克昌教授是一位具有战略眼光的学者，他以开阔的视野、国际化的意识，重视对外交流，积极主动地将学科建设与国际接轨，置其于国际学术环境中发展。他曾经应邀到美国、加拿大、日本、德国、巴西等国家以及我国香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区访问讲学、参加国际学术会议；他也多次

热情邀请国际著名学者到中国来访问讲学，举办国际会议。通过与一流大学、一流学科、一流学者进行交流，不断引进新的学术信息、学术理论和学术思潮，马克昌教授身体力行积极组织国际间的学术交流与合作，不断为学科建设注入生机，提升了本学科在国内外的知名度，增强了本学科在同类学科中的竞争力，为学科发展进入良性循环奠定了坚实的基础。

马克昌教授以其渊博的知识、卓越的理论成就和高尚的品德，赢得了中国司法界和刑法学界乃至整个法学界的尊敬和景仰，获得了国外同行的敬重和钦佩，受到学生的爱戴。在马克昌教授 80 华诞即将来临之际，他的学生们自发组织起来，策划了这套庆贺丛书，以表达自己对先生的感激和祝贺。本套丛书中的作品，有的是独著，有的是合著，它们都是马克昌教授的弟子们在刑法学、犯罪学方面新的研究成果。贺寿献礼意义深远，一方面是弟子们向先生汇报自己的工作；另一方面也通过这样的方式深化刑事法学理论研究，这也非常符合先生对弟子们的期许。

这套丛书在策划之时，得到中国人民公安大学出版社的大力支持和高度重视，他们组织了专门的编辑力量，负责丛书的编辑出版，在此，向中国人民公安大学出版社法律编辑部的编辑们表示诚挚的谢意！

衷心祝愿马克昌教授永葆青春，健康长寿！

丛书主编：莫洪宪

2005 年 2 月

序 言

近年来,世界范围内的有组织犯罪愈演愈烈,因其特有的组织结构、犯罪方式以及社会危害,这种犯罪的能量绝非是自然人个人犯罪的简单相加,它有着单独犯罪不可比拟的破坏力,已对世界各国和国际社会的安全与发展造成了严重威胁。它作为目前公认的犯罪最高形态,被列为世界三大灾难之一。特别是在全球化加快的背景下,跨国有组织犯罪正呈现出不断增长和日趋复杂的势头,在这种现实压力下,2000年11月15日联合国大会第55届会议通过了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》^①。该公约以全球化为视角,提出了控制跨国有组织犯罪的新理念和对策。

一、控制跨国有组织犯罪对策产生的背景

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的出台与跨国有组织犯罪在全球范围内的急剧增长密不可分。冷战结束后,随着国际社会政治的和缓、经济与科技的发展,跨国有组织犯罪正以前所未有的速度发展,从北美到南美、从西欧至东欧、从亚洲到大洋洲和非洲,全世界都面临着跨国有组织犯罪的严重挑战。

跨国有组织犯罪在不同的时期有不同的特点。20世纪五六十年代,国际社会被划分为社会主义和资本主义两大阵营,由于意识形态的关系,不同阵营的居民流动比较困难,跨国有组织犯罪人员的流动大多局限在属于本阵营的国家之间;跨国有组织犯罪的活动集中在传统犯罪领域内,如赌博、卖淫、高利贷、烟酒走私、敲诈勒索、贩卖军火等;家族式的犯罪组织发挥主要作用。20世纪70年代,世界格局发生了深刻变化,政治局势趋向和缓,两大阵营内部铁板一块的格局被打破,有组织犯罪集团跨越不同阵营的国家从事犯罪活动异常活跃。20世纪80年代中后期,苏联解体、东欧各国剧变带来的政府无力、社会动荡、

^① 由于《联合国打击跨国有组织犯罪公约》在意大利巴勒莫市开放供各国签署,因此又称《巴勒莫公约》。以下如未特别指明,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》简称为公约。

经济倒退使社会矛盾、民族矛盾加剧,跨国犯罪集团数量剧增。^① 20世纪90年代以来,世界形势向多极化的方向发展,和平与发展成为人类社会的主旋律,经济全球化使世界各国相互依存、共同发展的关系日趋密切,交通和通讯技术的高度发达使世界日益成为“地球村”。与此同时,经济全球化与交通通讯的发达也为跨国有组织犯罪的发展提供了较多的便利。随着人类社会进入21世纪,经济的持续发展、科技的不断进步,跨国有组织犯罪呈现出新的特点:一是犯罪主体的跨国流动性日趋自由化。全球经济一体化的发展,使生产要素、人才、资本在世界范围内自由流动和优化配置,使各种违法犯罪行径隐藏在正常的国际交往与社会流动之中成为可能。各种犯罪组织利用便利的交通设施与相对开放的进出境政策,大肆跨国、跨地区流窜作案,并利用各国法律制度的不同从一国逃往另一国,以逃避法律制裁。二是犯罪行为的国际性分工更加细密化。信息技术的高速发展和全球经济的紧密联系,为有组织犯罪的跨国分工提供了条件。三是犯罪收益的跨国转移手段更加复杂和现代化。任何一个有组织犯罪集团从事犯罪的目的都是为了获取巨额的非法收益,因此清洗获取的非法收益并使之合法化必然是有组织犯罪集团的活动之一。有组织犯罪集团千方百计地利用现代的国际金融手段跨国转移资金,掩饰其非法来源。四是作案手段的智能化。国际互联网使犯罪分子可以通过远程方式控制各种非法运输及交易,现代化交通工具的出现使地域障碍对人的局限性大大缩小。有组织犯罪集团凭借其雄厚的财力,利用尖端的通讯技术、发达的交通设备和先进的武器装备进行跨国犯罪,对抗侦查,逃避监管。五是有组织犯罪与国际恐怖主义、国内民族分裂主义相互交织一体化。近年来国际恐怖主义组织大量地从事跨国犯罪活动,如劫持飞机、劫持人质、炸公共建筑物等,国际恐怖主义活动已成为一种特殊的跨国有组织犯罪。日益猖獗的跨国有组织犯罪严重威胁着世界各国的社会稳定、经济发展和政治民主化的进程。

二、控制跨国有组织犯罪的国际对策

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》通过一系列刑事司法原则以及相关实体法和程序法的规定,体现了全新的司法理念——控制犯罪与保障人权双重价

^① 赵永琛:《关于跨国有组织犯罪的若干理论问题》,载《政法论坛》2000年第6期,第89~90页。

值追求的统一。

公约针对跨国有组织犯罪的现实,扩展了国际社会打击跨国有组织犯罪的合作领域,即不再限于某个特定的罪名,而是适用于所有跨国且涉及有组织犯罪集团的严重犯罪、洗钱犯罪、腐败犯罪、妨碍司法犯罪、参加有组织犯罪集团的犯罪等;^①基于法人参与跨国有组织犯罪的事实上的多发性和危害的严重性,首次规定了法人的刑事责任,开创了在国际公约中承认法人刑事责任的先河;用定义的方式对“有组织犯罪集团”、“严重犯罪”、“有组织结构的集团”等概念作出了明确的限制;确认并发展了许多新的制度:时效延长制度、引渡程序简化原则、司法协助的主动提供、双重犯罪原则的突破、特殊侦查手段的采用等。公约自始至终贯彻了社会防卫的刑事政策思想,不仅规定了刑罚手段,还规定了大量非刑罚措施以惩治跨国有组织犯罪。

(一) 控制犯罪

公约惩治的对象是一切跨国有组织犯罪。有组织犯罪集团的严密程度不同,内部的组织结构也不尽相同,而且随着环境和形势的变化还会发生相应的改变。1994年跨国有组织犯罪问题世界部长级会议背景文——《跨国有组织犯罪造成的问题和危险》在涉及犯罪组织的规模、结构和内聚力的问题时指出,在看待犯罪集团的特性时,与其将其简单地划分为小组织和大组织或正规结构和非正规结构网络,不如将其理解为是从小到大、从不定型的网络组织到官僚组织结构的连续统一体。另外,还务必考虑到有组织犯罪集团所特有的连续性和渐变性。有些集团还可能兼有这两种特点,在某些层次具有正规的等级森严的结构,而在较低层次则具有不大定型的灵活网络。^②这表明有组织犯罪集团在组织形态和组织结构上是多样的、可变的。正因为如此,公约不仅为各缔约国界定跨国有组织犯罪提供了一套行之有效的标准,而且在打击对象的界定上范围更宽、标准更严。例如,公约规定中省却了关于犯罪组织结构完善、成员联系密切的要求,从而降低了犯罪集团的组织化程度;将洗钱的上游犯罪的范围扩大到“最为广泛”的程度,即所有犯罪的经济收益;将“腐败”定义为“接受不应有的好处”,突破了“财物”的范围;尤其是针对各缔约国对法人能否成为犯罪主体的不同规定,公约第10条明文规定了“法人责任”,以减少和消除各国

① 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第3条第1款。

② 转引自何秉松:《有组织犯罪研究》(第一卷),中国法制出版社2002年版,第261页。

国内法的冲突,体现了加大对跨国有组织犯罪惩治力度的刑事政策理念。

在打击力度上,公约特别强调要考虑到震慑跨国有组织犯罪的必要性,要求各缔约国针对跨国有组织犯罪规定较长的追诉时效期限,以区别于普通刑事犯罪,充分体现对跨国有组织犯罪的严厉惩罚。

在打击措施上,公约不仅通过强制性刑事管辖权和任择性刑事管辖权的规定,以期对跨国有组织犯罪进行有效控制,而且突破了仅仅通过刑事强制措施控制跨国犯罪的传统模式,而是综合运用刑事、金融、行政等多种措施控制跨国有组织犯罪,将控制跨国有组织犯罪的国际合作从单一的刑事司法合作发展为刑事、行政、金融多重合作机制,形成控制跨国犯罪的国际合作的综合性法律机制。

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》确认并发展了许多新的措施和制度,这为如何控制跨国有组织犯罪的滋生和蔓延指明了方向。公约明确规定,缔约国应采取“打击洗钱”、“反腐败”、“加强与执法当局合作”等综合性措施预防、禁止和惩治跨国有组织犯罪,同时,对没收制度、扣押制度、被判刑人移交、刑事诉讼转移、联合调查、特殊侦查技术、执法合作等程序性规则也进行了极其详细的描述。

总之,公约所构建的控制跨国有组织犯罪的国际法律机制突破了传统国际合作和国际法的范围,开辟了国际合作和国际法的新领域,构建了国际合作和国际法的新制度。公约之所以在开放的第一天就得到了超过120个国家的签署,创造了联合国历史上绝无仅有的新纪录,就是因为该公约为世界各国控制跨国有组织犯罪奠定了坚实的法律合作基础。各缔约国今后可以充分援引该公约,寻求国际司法和执法合作,以便同跨国有组织犯罪作斗争。同时,公约为了深入持久地贯彻其控制犯罪的司法理念,着眼于多样性和开放性,因而其许多规定都留有充分的发展空间,特别是其所设立的“公约缔约方会议”以定期审查公约的执行情况并为改进公约提出建议为己任,以提高缔约国打击跨国有组织犯罪的能力,并促进和审查公约的实施。

公约的刑事政策理念对世界各国产生了极大影响。许多国家和地区纷纷制定了打击和预防有组织犯罪的专门法律,如日本的有组织犯罪处罚法,美国的组织犯罪管制法,我国香港地区的社团条例,有组织及严重罪行条例以及我国澳门地区的有组织犯罪法等;同时针对有组织犯罪的复杂性、隐蔽性、反社会性建立专门的反有组织犯罪机构,如美国白宫设立的“反有组织犯罪调查委员

会”、意大利成立的“反黑手党调查局”、日本从中央到地方警察机关设立“暴力团对策部”以专门对抗有组织犯罪。英国除警察部门负有该项职责外，还通过法律赋予秘密保安局以打击有组织犯罪的特殊权力。

一般认为，英美法系国家对自由的追求历史悠久，把公民的个人权利看得至高无上，保护公民的人权被认为是最高的价值，因而刑事司法现代化过程中也把权利保障作为首要的价值目标，不允许为了控制犯罪的需要而过多地妨害个人的自由和权利^①。而实际上，英国现行的刑事司法改革旨在提高刑事司法体系对犯罪的有效控制。2002年7月，由英国的大法官、总检察长和内政大臣共同签署的政府白皮书《所有人的公正》(Justice for All)，提出要进一步对刑事司法制度进行改革，目标有三个：严厉打击反社会行为、毒品和暴力犯罪；向有利于被害人的方向重新平衡刑事司法体制的权利保护；赋予警察和起诉机关将更多的犯罪人绳之以法的手段。英国政府已经将犯罪的控制和案件事实的查明作为其首要目标，之所以出现这样的重心转移，主要是因为英国政府已经认识到现行的刑事司法体制存在着十分严重的问题：“太少的犯罪分子被绳之以法；太多的被告人违反保释规定；太慢的程序将他们交付审判；太多的有罪的人被无罪释放；太多的人没有获得应得的惩罚。”正因如此，英国政府适应社会现实的变化，及时调整刑事司法对策，积极推进刑事司法现代化的进程。

(二) 保障人权

公约将控制犯罪与保障人权两大司法理念作为其思想精髓，在强调控制犯罪、强化其社会保护功能的同时，关注刑事被告人、被害人与其他诉讼参与人的人权保障，通过确立刑事司法原则和程序规则，构筑了对刑事被告人、被害人以及证人的权人的保障机制和全方位的保护系统。

公约所强调的罪刑相当原则，不仅反映了国际社会控制跨国有组织犯罪的需要，而且体现了人权保障的功能。公约特别规定，“各缔约国均应努力确保针对这些犯罪的执法措施取得最大成效，并适当考虑到震慑此种犯罪的必要性”，这就意味着在判处刑事被告人刑罚和采取执行措施时，应从特殊预防的需要出发，根据刑罚个别化原则，为具体案件的裁量确定最为恰当的刑罚，才能取得公约要求达到的“最大成效”，也才足以保护被告人的基本人权。此外，公约还要求各缔约

^① 李建明：《刑事司法改革研究》，中国检察出版社2003年版，第56页。

国应确保被告人“在诉讼的所有阶段受到公平待遇，包括享有其所在国本国法律所提供的一切权利和保障”。这一平等原则的贯彻，也是为了有效保障被告人的人权，保障被告方与控诉方在诉讼过程中拥有平等的地位，形成合理的诉讼结构，进而形成对国家权力的监督和制约。公约规定的平等原则与刑罚个别化的要求并不矛盾，坚持平等原则是为了实现司法正义，而正义就意味着相同的情况予以相同的对待，不同的情况予以不同的对待，以达到实质上的平等。

公约特别强调被害人权益的保障，规定各缔约国“均应在其力所能及的范围内采取适当的措施，以便向本公约所涵盖的犯罪的被害人提供帮助和保护”，“均应制定适当的程序，使本公约所涵盖的犯罪的被害人有机会获得赔偿和补偿”。由此可见，加强被害人权益的保障，逐步提高被害人权益保障的层次，不仅为各缔约国进一步完善刑事诉讼立法、完善刑事司法、切实保障被害人在刑事诉讼中的法律地位，维护其失衡的权利，并在刑事司法实践中确保这些权利的实现指明了方向，而且体现了人权保障是强化国家控制有组织犯罪能力的最佳途径。

此外，为了有效控制跨国有组织犯罪，公约还从保护范围、保护对象和保护方法三个方面对证人保护制度予以详细规定。其中，不仅有对于一般证人的保护措施，而且有对于愿意与执法当局合作的“污点证人”的保护措施；不仅规定了对证人本人的保护措施，而且规定要“酌情为其亲属及其他与其关系密切者提供有效的保护”。这种完备的证人保护制度的设立包含着丰富的价值取向，对于保障刑事诉讼的正常运行和司法权的正常行使及审判的公正性等至关重要，充分体现了其秩序价值之所在。因为，证人保护原则具有证据保全价值。由于证人具有不可替代性，而证人证言受证人心理、情绪、知识结构、想像力的作用和某种暗示或干扰的影响极大，因此一旦事后遇到其他变故，如威胁等外界人为因素的不良影响，不但会影响证人以前的记忆，而且使其不能或不敢出庭作证，严重影响到案件的处理。如果事前对证人采取及时、必要的有效保护措施，证人保护制度就具有证据保全价值。

公约的人权保障理念对各缔约国的立法与司法实践产生了积极深远的影响。2002年7月1日生效的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第6条，突出强调对被追诉人和被害人权利的同等保障，明确地表述了控制犯罪和保障人权并重与平衡的立法宗旨。与此宗旨相适应，法典不仅加强了犯罪嫌疑人、被告人和受审人的权利保障，而且改善、提高了被害人的诉讼地位，扩大了被害人的权利。被害人不仅

与检察长等公职人员并列为控方参加人，而且有一系列的诉讼权利。该法典第 42 条具体规定了被害人享有 22 项诉讼权利，其中包括在审前调查结束时了解刑事案件的全部材料，得到有关诉讼文书的副本，出庭第一审和监督审法院的法庭审理，在法庭辩论时发表意见，及对法院的刑事判决、裁定和裁决提出上诉等。

为了履行公约义务，有效打击跨国有组织犯罪，美国、英国、加拿大、澳大利亚、法国、德国、意大利、日本等国家都通过专门的成文法或在刑事诉讼法中设立专节，对本国的通信监听等刑事侦查措施予以明确规定。例如，日本《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》第 1 条开宗明义地指出：“鉴于有组织犯罪正在严重地侵害平稳、健全的社会生活，由数人共谋实施的有组织杀人、有关毒品与枪械的不正当交易等重大犯罪中，如果不监听行为人之间相互联络所使用的电话或其他电子通讯，要查明案件事实真相相当困难，为了应对这一状况，有必要采取刑事诉讼法规定的监听电子通讯的强制措施。本法的目的在于就其要件、程序及其他必要事项作出规定，以期在避免不当侵害通讯秘密的同时，准确地查明案件事实真相。”各国立法都把监听措施视作可能严重干涉个人隐私权的强制侦查措施，要求适用该措施时必须受法定原则、比例原则和秘密原则的限制。在监听措施适用的案件类型上，各国立法规定的范围宽窄不一，基本上采取了“罪行轻重限定”、“罪名列举”和综合两者三种方式。美国法律规定为，对《美国法典》第 42 编规定的可处死刑、无期徒刑或者 1 年以上监禁刑的犯罪，以及其他明文规定的 14 项共 60 多种犯罪，可采用监听措施。法国法律规定为，对可能判处 2 年或 2 年以上监禁刑的重罪和轻罪可实行监听，但必须是侦查所必需。^①德国法律规定，只能对反和平罪等 15 类犯罪进行监听，且一般仅限于电子通讯；^②对于会话，德国监听法规定监听仅限于露天场所以及公共建筑内的会话。对于私人住宅内的会话，则附加更为严格的限制条件。^③意大利法律规定，监听仅限于依法应处无期徒刑或 5 年以上有期徒刑的非过失犯罪和妨害公共管理的犯罪以及列举的其他四类犯罪。^④日本立法规定，监听适用于实施毒品犯罪、涉枪犯罪、有组织杀人犯罪、集团非法越境犯罪而应被判

① 法国刑事诉讼法第 100 条。

② 德国刑事诉讼法第 100 条。

③ 日本《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》第 3 条及附表。

④ 意大利刑事诉讼法第 266 条。

处死刑、无期惩役、无期监禁或者最高刑期为2年以上的惩役或监禁的犯罪。^①日本监听法专门规定了对被采取监听通讯措施不服的人的救济程序；为防止侦查机关滥用监听权力，该法还要求政府每年向国会报告并公布采取监听手段的情况；对于有侦查权的公务员侵犯通讯秘密构成犯罪而检察官决定不起诉时，告诉人可以依法提出“准起诉”请求，通过法院启动公诉程序。由上可见，监听立法在许多国家都经历了一个从无到有、从无序到有序的规范过程。

三、控制跨国有组织犯罪对策与我国刑事司法理念之转变

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》是适应国际社会控制跨国有组织犯罪需要的产物，是国际社会以全球化手段对付全球化挑战所取得的重大成就。参加公约高级别政治签署会议的中国代表团团长、外交部副部长王光亚在签署大会上强调：“公约能否在打击跨国有组织犯罪方面真正发挥作用，关键在于公约各项规定能否得到切实履行。”因此，公约在各国的实施具有十分重要的意义。公约在中国的实施，从宏观的角度讲，是一个国际法与国内法关系的问题，从微观的角度而言，则是一个涉及国际条约在我国的具体实施方式及其在国内法中的效力层次的问题。

为了与公约的所有缔约国携手并进控制跨国有组织犯罪，我们面临刑事司法理念的转变和国内刑事实体法和程序法的调整。

首先，该公约所提出的控制犯罪和保障人权的刑事政策理念反映了现代刑事司法的共同追求。然而，控制犯罪与保障人权这两大价值目标的相互冲突已经成为刑事司法现代化过程中的一大难题。一方面，刑事司法本身就是源于控制犯罪的需要，控制犯罪是社会得以有序存在的必要手段，符合全社会的共同利益。因此，刑事司法不能忘却自己的使命，必须竭尽全力去实现犯罪控制目标。但是，另一方面，刑事司法在实现犯罪控制的过程中又不能不涉及某些社会成员的个人权利，即为了实现控制犯罪的目标，司法机关必须以法律的名义对个人的权利进行干预、限制。实际上，在这里涉及个人权利与国家权力的冲突与协调这一深层矛盾。我们必须寻求个人权利与国家权力之间的平衡，而这种平衡又是一个动态发展的过程，它必然随着社会实际情况的变化而不断变化。

^① 日本《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》第3条。

面对控制犯罪与保障人权两者之间的现实冲突,世界各国都在努力缩小冲突、争取二者和谐的同时,不得不有所选择,将其中的一个价值放在更为重要的位置上。由于不同国家的政治体制、经济结构、文化传统、意识形态等各不相同,决定了世界各国对刑事司法现代化价值目标的不同选择。同时,一个国家的社会现实状况,如经济发展水平、国民的政治文化素质、社会矛盾和社会冲突状况等,也会对刑事司法的价值取向和价值目标的选择起到决定性的影响作用。因此,究竟是把控制犯罪还是把保障人权放在现代刑事司法的首要目标位置,在不同的国家会有不同的选择,而且即使在同一国家也会因现实情况的不同而作出不同的取舍。不会有哪个国家不顾现实,一味强调保障人权而容忍犯罪,尤其是有组织犯罪对社会的肆意破坏,也不会有哪个国家在今天人权意识普遍高涨的时代,一味片面强调社会安全和稳定的维护而对个人权利漠不关心。因为过分偏重案件实体或对犯罪的惩罚,或者过分关注被告人的人权而置其他利益于不顾,都不利于法律秩序的维护^①。

综观世界各国,近年来都不同程度地进行着或者酝酿着刑事司法改革。例如,英国在其长期的历史发展中,形成了以对抗制、陪审团和系列证据规则为基本内容的普通法系司法制度,这种司法制度注重技术性的程序规则和保护被迫诉者的权利,不利于发现案件真实,因此在其刑事司法改革的过程中特别强调控制犯罪。而俄罗斯联邦旧刑事诉讼法是以漠视被告人的权利保护为代价来强化控制犯罪的能力的,因此俄罗斯联邦新刑事诉讼法删除了旧刑事诉讼法“查明犯罪事件和犯罪人”的规定,避免片面强调控制犯罪的倾向,注重刑事被告人与刑事被害人权利的同等保护。同样,法国在刑事司法改革的过程中,也一改职权主义的倾向,朝着保障人权、实现民主的方向发展。

随着我国现代化进程的加速、社会的迅猛发展和流动人口的增加,维护社会稳定,打击跨国、跨境有组织犯罪是当务之急。自20世纪80年代初以来,我国一直奉行“严打”的刑事政策,取得了一定的效果,但并未能从根本上解决社会治安问题,尤其是刑事司法过程中的人权保障问题没有引起足够的重视,相应的人权保障的制度性措施仍然缺位。而一项具体制度的缺位往往是因为缺乏支撑该制度运行的观念基础和配套规则。而要建立一项制度,除了在技术细

^① 宋英辉:《论我国刑事诉讼制度改革的目标模式》,载《政法论坛》1995年第5期。

节上的精雕细琢以外,还必须着力营造该制度运行所需的宏观制度空间和观念基石^①。因此,要从根本上改变现阶段人权保障不力的现状,必须首先转变刑事司法理念,将人权保障目标放到更加突出的位置上。

其次,我国对公约的履行不仅表现为刑事司法理念的转变,更有赖于具体刑事司法制度的革新和刑事立法内容的调整。公约第34条第1款规定:“各缔约国均应根据其本国法律制度基本原则采取必要的措施,包括立法和行政措施,以切实履行其根据本公约所承担的义务。”该款规定表明,对于各缔约国而言,通过采取一定的国内措施来保障条约得以履行,已经不再仅仅是“条约必须信守”这一原则之要求,而是作为白纸黑字写进条约要求各缔约国必须承担的条约义务。公约第34条第2款规定:“各缔约国均应将根据本公约第5条、第6条、第8条和第23条确立的犯罪规定为犯罪,而不论其是否如本公约第3条第1款所述具有跨国性或是否涉及有组织犯罪集团,但本公约第5条要求涉及有组织犯罪集团的情况除外。”该款规定体现了公约对各缔约国施予的执行公约的具体义务,这种义务是强制性而不是任意性的。公约第34条第3款规定:“为预防和打击跨国有组织犯罪,各缔约国均可采取比本公约的规定更为严格或严厉的措施。”该款规定表明,公约除了强制性地规定各缔约国应采取必要措施以执行公约外,同时也鼓励各缔约国采取更有利于执行公约的各种措施。我国现行刑事实体法和刑事程序法均与该公约的某些规定存在一定差距,如关于有组织犯罪、洗钱罪、贪污贿赂罪以及特殊侦查手段等规定,我国宜采取转化实施为主、纳入实施为辅的方式,即主要通过制定配套的国内法或修改现有的国内立法,以实现与公约的衔接,但对于公约规定与国内立法比较接近,实施起来不至于危及我国立法、司法主权的,则可以采取纳入实施方式。这种实施方式更加符合中国的国情,从而保证我国切实履行公约义务。

本书系2001年度司法部“法治建设与法学理论研究部级科研项目”一般课题《加入〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉对我国的影响》的最终研究成果。

莫洪宪

2004年10月1日

^① 谢佑平:《论公民人身自由权的宪法保障与司法保护》,载《上海交通大学学报》2003年第4期。

目 录

序 言	(1)
第一章 《联合国打击跨国组织犯罪公约》概述	(1)
第一节 《联合国打击跨国组织犯罪公约》制定的现实背景	(1)
一、跨国组织犯罪的现状	(1)
二、跨国组织犯罪的特点及发展趋势	(3)
三、跨国组织犯罪的危害	(6)
第二节 《联合国打击跨国组织犯罪公约》制定的历史过程	(7)
一、《联合国打击跨国组织犯罪公约》产生的历史背景	(7)
二、对《联合国打击跨国组织犯罪公约》的几点认识	(13)
第三节 《联合国打击跨国组织犯罪公约》的主要内容	(14)
一、《联合国打击跨国组织犯罪公约》的宗旨及其术语界定	(15)
二、关于打击跨国组织犯罪的实体规定	(15)
三、关于打击跨国组织犯罪的程序规定	(17)
四、预防和打击跨国组织犯罪的其他措施	(26)
五、有关公约自身的事项性规定	(28)
第四节 《联合国打击跨国组织犯罪公约》的立法评价	(29)
一、扩展了国际合作领域	(29)
二、开创了在国际公约中承认法人刑事责任的先河	(30)
三、国际刑法精确化的重大进步	(30)
四、确认并发展了一系列新的制度	(31)
五、贯彻社会防卫的刑事政策思想	(32)
第二章 《联合国打击跨国组织犯罪公约》对我国刑事政策的影响 ..	(33)
第一节 刑事政策概述	(33)